

A RESPONSABILIZAÇÃO CIVIL DO FORNECEDOR PELOS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO E A ANÁLISE CUSTO-BENEFÍCIO DESSA PRÁTICA

Rafael Gonçalves Fernandes¹

Resumo: Os riscos do desenvolvimento correspondem a uma abordagem jurídica que busca compreender as consequências da imprevisibilidade dos danos causados por bens de consumo, devido ao estado atual (e limitado) da ciência. A construção teórica não aponta soluções possíveis, apenas realiza uma delimitação de cenários, deixando a cargo do legislador a escolha dos instrumentos adequados para o enfrentamento das falhas do desenvolvimento científico e tecnológico. Nesse passo, o presente artigo tem como objetivo identificar qual foi a opção eleita pelo legislador brasileiro, esclarecendo, também, a eficiência dessa escolha. O método utilizado foi o hipotético-dedutivo e a pesquisa bibliográfica. Para tanto, foram realizadas três abordagens: (i) a *abordagem positiva*, tendo como base o ordenamento jurídico brasileiro e a contextualização da teoria dos riscos do desenvolvimento; (ii) a *abordagem doutrinária e jurisprudencial*, ressaltando as divergências e o recente posicionamento do STJ sobre a temática; e, (iii) a *abordagem econômica*, para a aferição da eficiência da responsabilização civil do fornecedor nesses casos. A conclusão aponta que diante de um tema delicado e politizado, o legislador brasileiro preferiu adotar a responsabilização civil do fornecedor, não incorporando regras de exclusão nos casos do risco do desenvolvimento. Entretanto, tal escolha legislativa não é capaz de gerar o maior nível de bem-estar social possível, quando comparadas as alternativas disponíveis sob o crivo do critério Kaldor-Hicks.

¹ Mestre e doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Brasília (UniCEUB).

Palavras-Chave: Riscos do desenvolvimento. Cognoscibilidade dos defeitos. Resp n. 1.774.372/RS. Eficiência.

INTRODUÇÃO



segurança dos bens de consumo é um dever geral do fornecedor que deve assegurar a qualidade dos produtos e serviços que desenvolve, fabrica e comercializa, nos termos do art. 8º do CDC. Contudo, os produtos naturalmente geram riscos ao consumidor, uma vez que não há como garantir uma segurança absoluta. Em alguns casos, os bens de consumo podem aparentar níveis aceitáveis de segurança, mas serem capazes de (no futuro) gerarem danos não previstos pelo estado atual da ciência. Trata-se de uma questão de impossibilidade científica de constatar a existência de defeitos. A explicação jurídica para esses casos está na construção doutrinária dos riscos do desenvolvimento.

Inúmeros eventos são descritos na literatura jurídica para tentar exemplificar tal teoria. Dentre eles estão as transfusões de sangue contaminado pelo vírus da Hepatite C e HIV, que passaram despercebidas pelos testes; os efeitos colaterais imprevistos de diversos medicamentos, dentre eles o anticolésterol MER-29, Contergan-Talidomida, Lipobay e Propulsid; o caso da toxicidade de substâncias utilizadas para implantes de silicone da Dow-Corning; a toxicidade do amianto para os consumidores, trabalhadores e meio ambiente; e, as incontáveis divergências sobre os riscos dos OGMs, utilizados na alimentação humana e animal.²

Nesse sentido, a problemática deste artigo consiste em analisar a legalidade e a eficiência da responsabilização dos fornecedores pela inserção desses bens de consumo que geram

² Marcelo Junqueira Calixto faz a análise de cada um dos eventos supramencionados, mencionando as datas e as suas peculiaridades. CALIXTO, Marcelo Junqueira. A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 176-183.

danos não previstos pela ciência. A abordagem do tema perpassa por uma breve contextualização da teoria dos riscos do desenvolvimento, através de uma exposição de questões técnicas, que são subsidiadas com a análise positiva das regras contidas no Código de Defesa do Consumidor e no Código Civil brasileiro (seção 1). Em seguida, são abordadas as divergências presentes na literatura jurídica diante da opção realizada pelo legislador brasileiro, bem como do recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (seção 2). Além disso, os resultados obtidos nos dois primeiros tópicos dão subsídios à aferição da eficiência da responsabilização civil pelos riscos do desenvolvimento (seção 3).

1. A ANÁLISE DO DIREITO POSITIVO PARA OS RISCOS DO DESENVOLVIMENTO

O sentido jurídico da expressão risco do desenvolvimento refere-se à ausência de cognoscibilidade de um defeito frente ao estado da arte dos conhecimentos científicos e técnicos disponíveis.³ A análise pressupõe o mais avançado estado da arte do conhecimento. Mesmo que o fornecedor (o fabricante, o construtor, o produtor ou importador) seja um microempresário, há o dever de buscar tais informações antes da comercialização do produto, sob pena de responder objetivamente pelo defeito na concepção ou na informação. Assim, a impossibilidade de identificar o defeito do bem de consumo é vista como uma “impossibilidade absoluta e objetiva”, ou seja, o fornecedor deve considerar a melhor ciência em nível mundial.⁴ O padrão de

³ Para João Calvão da Silva, o estado da arte “não é um conceito determinado e fechado, mas um conceito movente carecido de aferição nas circunstâncias do caso, a sua moldura deve ser a possibilidade científica e técnica que se haja imposto no respectivo domínio e tenha passado a estar à disposição geral, mesmo que não haja ainda a praticada no respectivo ramo industrial.” SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 512.

⁴ Conforme acrescentam Reinig e Carnaúba, “conhecimentos pessoais, guardados em segredo, não integram o estado dos conhecimentos científicos e técnicos. É necessário

fornecedor analisado não é do fornecedor médio, mas daquele fornecedor ideal.⁵

A construção doutrinária dos riscos do desenvolvimento apenas indica uma situação fática, referente a introdução de bens de consumo que aparentemente não possuem vícios ou defeitos, mas que futuramente causarão perturbações na esfera econômica e/ou psicofísica dos consumidores. A solução para tais problemas perpassa pela opção política a ser realizada por cada país, seja responsabilizando civilmente os fornecedores, seja prevendo uma socialização desses riscos, com a instituição de fundos públicos ou seguros. No Brasil, existem divergências sobre qual seria o posicionamento legal diante dos riscos do desenvolvimento.

A nomenclatura riscos do desenvolvimento, que em primeira leitura pode parecer ambígua, é consagrada na literatura jurídica nacional e internacional. Para Teresa Ancona Lopez a expressão consegue abreviar a noção de: “riscos que o desenvolvimento técnico e científico não permitiu descobrir.”⁶ Essa ideia também viabiliza a distinção entre os defeitos de concepção e de informação dos defeitos decorrentes dos riscos do desenvolvimento. A chave está na cognoscibilidade do conhecimento técnico e científico: se há conhecimento há responsabilidade e se trata de defeito de concepção ou de informação; se não há conhecimento técnico e científico desenvolvido, trata-se de defeito decorrente dos riscos do desenvolvimento.

que se encontrem disponíveis à comunidade científica, de sorte que somente se inserem no estado dos conhecimentos científicos e técnicos os artigos e trabalhos publicados ou apresentados em seminários ou congressos.” REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 124, ano 28, p. 343-392. São Paulo: RT, jul./ago 2019. p. 370.

⁵ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 511.

⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 189.

Desde a década de 80, há uma tentativa mundial de buscar soluções jurídicas e políticas para esses problemas da “sociedade de risco”.⁷ No direito regional europeu, a União Europeia (UE) foi a precursora na discussão da teoria dos riscos do desenvolvimento, principalmente nos debates para a aprovação da Diretiva 85/374/CEE, que trouxe também a responsabilidade objetiva nas relações de consumo. As inúmeras divergências entre os Estados-membros acerca da temática, conduziu a UE a adotar uma espécie de “solução de compromisso”,⁸ que deixa a cargo da legislação interna de cada Estado-membro, a adoção, manutenção ou exclusão da responsabilidade civil do fornecedor nos casos do risco do desenvolvimento. Como regra, a Diretiva adotou a exclusão da responsabilidade civil no seu art. 7º: O produtor não é responsável nos termos da presente directiva se provar: (...) e) Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação em circulação do produto não lhe permitiu detectar a existência do defeito.” Entretanto, o mesmo documento trouxe a possibilidade de afastamento dessa disposição no art. 15, item 1, alínea “b”.⁹ Todavia, prevaleceu entre os Estados-membros a exclusão da responsabilidade civil do fornecedor no caso dos riscos do desenvolvimento.¹⁰

⁷ BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁸ Expressão consagrada na literatura especializada por: SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 504.

⁹ Conforme a redação do dispositivo legal: “Art. 15º: 1. Qualquer Estado-membro pode: (...) b) em derrogação da alínea e) do artigo 7º, manter ou, sem prejuízo do procedimento definido no n° 2, prever na sua legislação que o produtor é responsável, mesmo se este provar que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos no momento da colocação do produto em circulação não lhe permitia detectar a existência do defeito.” UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 85/374/CEE do Conselho*, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/b21bef4e-b528-49e2-a0f9-142dc503969a/language-pt>. Acesso em: 06 jun. 2020.

¹⁰ A exceção fica a cargo da Finlândia e de Luxemburgo, que adotaram na integralidade o dispositivo referente à responsabilização dos fornecedores. Já na Alemanha,

Com base em argumentos políticos e econômicos direcionados a impedir um possível retrocesso no desenvolvimento de novas tecnologias, diversos diplomas nacionais, além daqueles elaborados pelos Estados-membros da União Europeia, convencionaram a exclusão da responsabilidade do fornecedor diante dos riscos incertos do desenvolvimento científico e tecnológico.

Já no Brasil, o Código de Defesa do Consumidor elenca algumas hipóteses de exclusão de responsabilidade, mas não disserta sobre os riscos do desenvolvimento, expressando, ainda, a taxatividade das cláusulas exonerativas quando afirma que “o fabricante, o construtor, o produtor ou importador só não será responsabilizado quando provar: (...)”. Por outro lado, o Código Civil de 2002 limitou-se a informar que subsiste a responsabilidade civil da sociedade empresária ou do empresário que causem danos advindos dos produtos colocados em circulação. Apesar disso, uma das hipóteses gerais de exclusão previstas no art. 12, § 3º, inciso II do CDC, gera divergências sobre dois aspectos relacionados ao conceito de defeito na seara consumerista: (i) cognoscibilidade do defeito nos bens classificados como geradores do risco do desenvolvimento; e, (ii) o critério temporal adotado para a verificação desse defeito.

O primeiro aspecto está relacionado justamente com a definição de riscos do desenvolvimento, fulcrado na capacidade de conhecer os riscos que o produto pode gerar quando é consumido. A cognoscibilidade ou a detectabilidade do defeito não se confunde com a sua existência que, no caso de alguns produtos, já está presente desde a sua concepção. Os bens de consumo que causam danos em decorrência do desconhecimento dos riscos, podem ser considerados “objetivamente defeituosos”, uma vez que eles não garantem, desde a sua origem, a segurança que o consumidor legitimamente espera.¹¹ Por este motivo, não

França e Bélgica houve uma relativização dessa responsabilização em alguns setores específicos, principalmente aqueles relativos à indústria farmacêutica.

¹¹ SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 646.

haveria como aplicar a excludente referente à inexistência de defeito, presente no CDC, que preleciona que o fornecedor não será responsabilizado quando apesar de ter introduzido o produto no mercado de consumo, o defeito não existe (art. 12, § 3º, inciso II).

O segundo aspecto remete ao aspecto temporal para averiguar a presença do defeito. O art. 12, § 1º, inciso III, do CDC, remete o interprete à época da inserção do bem no mercado de consumo, o que pode remeter a premissa lógica da inexistência do defeito nos casos do risco do desenvolvimento, já que ele deve ser aferido no momento da inserção no mercado. Contudo, é importante pontuar que o dispositivo é sucedido por outra regra que deve ser incluída na análise. Trata-se do art. 12, § 2º, acrescentando que “o produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.” A contextualização deste dispositivo está ligada à modificação dos padrões de segurança pelo mercado de consumo, ou seja, aplica-se apenas ao desenvolvimento de produtos mais seguros que os antecessores, como, por exemplo, a introdução de carros com *airbags*.¹² Não há conexão lógica com a teoria dos riscos do desenvolvimento.¹³

Outro dispositivo legal referente ao aspecto temporal da identificação dos defeitos, fornece as instruções administrativas

¹² Nesse último caso é possível citar os veículos automotores que não possuíam *airbags* há alguns anos. Não há como considerar que tais produtos eram defeituosos, uma vez que a tecnologia não havia sido desenvolvida até aquele momento.

¹³ Sérgio Cavalieri Filho em comentário sobre o tema anota que: “Convém, todavia, não confundir o risco do desenvolvimento com a hipótese prevista no artigo 12, §1º, inc. III do CDC – a época em que o produto foi colocado em circulação. No primeiro caso, o produto é objetivamente defeituoso no momento de sua colocação no mercado, sem que, no entanto, o estado de desenvolvimento da ciência e da técnica permitissem sabê-lo. No segundo, o produto é perfeito por corresponder às legítimas expectativas de segurança na sua época, apenas superado por produto mais novo, em razão de aperfeiçoamentos científicos e tecnológico introduzidos pelo fornecedor.” CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade por danos causados por remédios. *Revista da EMERJ*, v.2 n.8, 1999. p. 20. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista08/Revista08_11.pdf. Acesso em: 06 jun. 2020.

e sanitárias a serem adotadas pelo fornecedor que conhecer os efeitos maléficos do seu produto após a introdução no mercado de consumo. Trata-se do parágrafo primeiro do art. 10 do CDC. Esse dispositivo cuida dos riscos que surgem após a introdução do produto ou serviço no mercado de consumo, justamente o conteúdo dos riscos do desenvolvimento. Através dessa disposição nasce o dever legal e pós-contratual do fornecedor de comunicar “o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários” e proceder a retirada do produto do mercado. Contudo, em nenhum momento, a regra exclui a responsabilidade civil do fornecedor. Cabe ressaltar que as esferas administrativa e sanitária não se confundem com a responsabilidade civil por eventuais danos ao consumidor.

Em resumo, a leitura dos dispositivos legais supramencionados parece indicar que o legislador não previu a possibilidade de exoneração de responsabilidade civil pelos riscos do desenvolvimento, tal como fez o legislador europeu. Todavia, é importante esclarecer que essa leitura não é unânime na doutrina brasileira. Divergência que pode ser revista, tendo como base o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), conforme será delineado a seguir.

2. A EXPLICAÇÃO DOUTRINÁRIA E O POSICIONAMENTO DO JUDICIÁRIO.

O Código de Defesa do Consumidor, na sua promulgação, necessitava enaltecer a vulnerabilidade da parte mais frágil da relação de consumo: o consumidor. A prosperidade industrial alcançada pela humanidade foi marcada pela produção de riscos e pelas divergências sobre como lidar com esse cenário. Diante das turbulências, o legislador brasileiro preferiu silenciar, não abordando expressamente a temática dos riscos do desenvolvimento. Essa constatação pode ser direcionada, em alguma

medida, às divergências europeias no âmbito da Diretiva 85/374/CEE, delineadas na seção anterior. Esse cenário de incerteza jurídica, acabou fomentando a criação de diferentes leituras doutrinárias, que lidaram de distintas maneiras com os preceitos normativos, preenchendo a lacuna deixada pelo legislador, mediante a influência indireta nas decisões judiciais que serão abordadas nesta seção.

Nesse sentido, parte da doutrina brasileira afirmou que a teoria do risco do desenvolvimento é uma causa implícita de exclusão de responsabilidade civil no ordenamento jurídico.¹⁴ Rui Stoco assevera que para responsabilizar o fornecedor pelo risco do desenvolvimento, o legislador deveria ter editado uma norma específica sobre o tema, sendo que a omissão significa não aceitação dessa espécie de responsabilização.¹⁵ Por outro lado, Gustavo Tepedino afirma que não existe defeito no produto nos casos do risco do desenvolvimento, pois no momento em que foi colocado no mercado de consumo correspondia às expectativas de segurança adequadas, conforme estabelecido no art. 12, § 1º, inciso III, do CDC.¹⁶ Em interpretação invertida do CDC, James

¹⁴ Para Gustavo Tepedino tal corrente doutrinária pode ser considerada majoritária no direito brasileiro. Contudo, em recente estudo publicado por Reinig e Caruaíba, é possível identificar uma maior concentração de autores que defendem a corrente oposta, da responsabilização do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento. Por este motivo, optou-se por não discriminar uma ou outra como “corrente majoritária”. Não se descuidou, contudo, de debater os argumentos principais mencionados por cada uma. Para aprofundar os posicionamentos divergentes veja: TEPEDINO, Gustavo. A responsabilidade Médica na experiência brasileira contemporânea. *Revista dos Tribunais*, Ano I, v. 2, 2000, p. 65; REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 124, ano 28, p. 343-392. São Paulo: RT, jul./ago 2019. p. 351-353.

¹⁵ STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*. Ano 96, v. 855, p. 46-53, jan. 2007. p.52-53.

¹⁶ TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 244-245. Cabe pontuar que a origem dessa interpretação está em: SILVA, João Calvão. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999. p. 645.

Marins e Fábio Ulhoa Coelho entendem que o Diploma autoriza que o fornecedor insira no mercado de consumo produtos que não sabia ou não deveria saber serem perigosos, em decorrência da inexistência de conhecimento científico.¹⁷ Os autores trazem, ainda, os argumentos econômicos, ao defenderem que a não exclusão da responsabilidade pode tornar a atividade empresária extremamente onerosa e encarecer o produto final.

Os autores pertencentes a corrente da “irresponsabilidade do fornecedor”, partem de um programa principiológico estabelecido na Constituição e na legislação infraconstitucional que supostamente vedaria a responsabilidade civil dos fornecedores diante dos riscos do desenvolvimento. De maneira geral, os posicionamentos elencados acima privilegiam o livre exercício da atividade econômica, em uma espécie interpretação “sistemática” do ordenamento jurídico. Contudo, não há uma análise econômica com base em métodos ou modelos científicos, apenas a oposição de uma retórica baseada no que deveria ser bom para uma sociedade que anseia por bens de consumo inovadores.¹⁸

Por outro lado, a corrente doutrinária oposta defendeu a responsabilização com base nas disposições legais, sem distorcê-las. Nelson Nery Junior, um dos idealizadores do CDC, comenta que o art. 12, § 3º, do CDC, não foi projetado para abarcar excludentes implícitas de responsabilidade, devido à adoção do vocábulo “só” na redação do dispositivo legal. Para o autor, “os riscos de desenvolvimento, o caso fortuito e a força maior não excluem o dever de indenizar, porque não previstos como causa de exclusão na norma comentada.”¹⁹ Cavalieri Filho adiciona que a hipótese do risco do desenvolvimento deve ser

¹⁷ MARINS, James. *Responsabilidade da empresa por fato do produto*. São Paulo: ed. Revista dos tribunais, 1993. p. 131; COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994. p. 86.

¹⁸ Sobre as diferenças entre análise positiva e normativa, veja na Seção 2, a nota de rodapé n. 37.

¹⁹ NERY JUNIOR, Nelson. *Leis civis comentadas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. p. 195.

enquadrada como fortuito interno (“risco integrante da atividade do fornecedor”).²⁰ Para Roberto Senise Lisboa, há preocupação quanto ao retorno do sistema baseado na culpa, pois ao se adotar tal teoria, naturalmente se recorre à análise da conduta do fornecedor para verificar se desconhecia os riscos na introdução de determinado bem no mercado de consumo, lógica incompatível com o CDC.²¹ Guilherme Reinig entende que tal teoria apenas faria sentido no microsistema consumerista se o legislador a previsse expressamente, pois assim haveria a possibilidade de “coexistência lógica de soluções contrárias”, ou seja, um sistema que adota a responsabilidade pelo fato do produto, mas que elenca excludentes legais no caso dos riscos do desenvolvimento.²² Além disso, os autores citam o Enunciado 43, aprovado na I Jornada de Direito Civil, do Conselho de Justiça Federal, que é taxativo ao afirmar que “a responsabilidade civil pelo fato do produto, prevista no art. 931 do novo Código Civil, também inclui os riscos do desenvolvimento”. A partir dessa leitura alguns autores passaram a entender, com base no “diálogo das fontes” que o referido dispositivo do CC amplia a proteção do consumidor e pode ser aplicado nos termos do art. 7º do CDC.²³

²⁰ CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de responsabilidade civil*. 13ª ed. São Paulo: Atlas, 2019. p. 611.

²¹ LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 248.

²² REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 124, ano 28, p. 343-392. São Paulo: RT, jul./ago 2019. p. 356.

²³ Especificamente sobre esse ponto, Milani e Glitz entendem que: “Em verdade, o artigo 931 do Código Civil foi mais abrangente que o Código de Defesa do Consumidor no tocante ao fato do produto, pois atribuiu ao fornecedor a responsabilidade objetiva por todos os danos decorrentes dos seus produtos. Dito isso, pode-se concluir que o artigo 931 acaba por alargar o conceito de fato do produto, incluindo, assim, a hipótese de risco de desenvolvimento” MILANI, Juliane Teixeira; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. *Anotações sobre o risco do desenvolvimento: análise do caso da talidomida*. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 5, n. 17, p. 177-205, 2015. p. 188.

Além disso, o “fio condutor” da responsabilização do fornecedor, parte do dever que esse último possui de assegurar a qualidade dos produtos e serviços que desenvolve, fabrica e comercializa. Esse dever é trabalhado pela literatura jurídica através da Teoria da Qualidade. Tal teoria preceitua que existem duas esferas de proteção da incolumidade do consumidor que devem ser observadas pelos fornecedores, a primeira (“qualidade-segurança”), marcada pela proteção da incolumidade físico-psíquica (normas preventivas e de responsabilidade pelo fato do produto ou do serviço) e a segunda (“qualidade-adequação”), caracterizada pela proteção da incolumidade econômica (responsabilidade pelo vício do produto ou do serviço).²⁴

Existem outros posicionamentos que consistem em um meio termo entre as duas correntes doutrinárias trabalhadas acima. Marcelo Junqueira Calixto defende a responsabilização do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento por um período de dez anos contados da colocação em circulação do produto. O autor se baseou no maior prazo prescricional estabelecido no art. 205, do CC/02. Se dentro deste lapso temporal houver algum dano ao consumidor, o fornecedor deve reparar a vítima.²⁵ Em sentido diverso, Teresa Ancona Lopez entende que deve haver uma relativização setorial na aplicação da teoria, em que a excludente apenas deixaria de ser aplicada para alimentos e medicamentos. A autora se baseia na solução adotada na Espanha na tentativa de evitar que danos em áreas de sensíveis à saúde humana ficassem sem reparação.²⁶ Em uma antiga Lei espanhola (Ley 22/1994), as áreas de alimentos e de medicamentos, não se submetiam a excludente pelos riscos do desenvolvimento, o que

²⁴ BENJAMIN, Antonio Herman V. Teoria da qualidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.; MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017. p. 174.

²⁵ CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p. 250.

²⁶ LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 198.

levava a responsabilização o fornecedor mesmo diante da ausência de conhecimento científico prévio à comercialização do produto considerado defeituoso.²⁷ Contudo, tal disposição já foi revogada pelo Decreto Real Legislativo 1/2007, que aprovou a Lei Geral de Defesa dos Consumidores. Neste novo diploma não há menção à essa exceção.²⁸

Os fundamentos legais e extralegis utilizados pelas correntes doutrinárias que defendem a exclusão total e/ou setorial da responsabilidade dos riscos do desenvolvimento, parecem não prosperar. O Código de Defesa do Consumidor adotou a responsabilidade pelo fato do produto/serviço como regra, o que inviabiliza qualquer construção interpretativa que defenda a irresponsabilidade civil do fornecedor para além daquelas cláusulas exonerativas expressamente previstas na Lei, por ser tratar de interpretação *contra legem*. Assim, qualquer tentativa de exclusão deve ser precedida da presença de um dispositivo legal específico que a autorize.

Cabe acrescentar que a matéria dos riscos do desenvolvimento foi recentemente objeto de Recurso Especial no Superior Tribunal de Justiça (STJ), que esclarece a legalidade da responsabilização do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento.²⁹ Trata-se do Resp n. 1.774.372/RS, julgado em 5 de

²⁷ A Ley n. 22/1994 (Ley de responsabilidad civil por los daños causador por productos defectuosos)“, trazia em seu art. 6, item 3, a seguinte disposição legal: “En el caso de medicamentos, alimentos o productos alimentarios destinados al consumo humano, los sujetos responsables, de acuerdo con esta Ley, no podrán invocar la causa de exoneración de la letra e) del apartado 1 de este artículo.”

ESPAÑA. *Lei n. 22/1994*, de 6 de julho. Lei relativa à responsabilidade civil pelos danos causados por produtos defeituosos. Boletín Oficial del Estado. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/1994/07/06/22>. Acesso em: 06 jun. 2020. Revogada.

²⁸ ESPAÑA. *Real Decreto Legislativo n. 1/2007*, de 16 de novembro. Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555&p=20190316&tn=1#cii-10>. Acesso em: 06 jun. 2020.

²⁹ Trata-se do primeiro caso decido pelo STJ com fundamentação baseada nos riscos do desenvolvimento. Contudo, é importante ressaltar em 2008, durante a análise do medicamento Survector, no REsp 971.845/DF, houve uma abordagem baseada nos riscos de dependência química pelos usuários do medicamento, informação que não

maio de 2020. O caso concreto envolveu a responsabilização civil pelos danos provocados em decorrência de consumo do medicamento denominado Sifrol. A controvérsia presente no caso está na ausência de informações na embalagem ou bula do produto, sobre alguns dos efeitos colaterais indesejados. Contudo, tais efeitos colaterais à época dos fatos não eram perceptíveis pelo estado limitado da ciência, situação que impossibilitava o exercício do dever de informar pelo fornecedor. A relatora Nancy Andrigui, com base em julgados anteriores do Tribunal, afirmou que as reações adversas ou efeitos colaterais devidamente informados aos consumidores, não caracterizam o defeito desses produtos, por se tratar de riscos inerentes ao seu consumo, ficando a cargo do consumidor a decisão pela sua utilização. Contudo, quando o medicamento possui efeitos indesejados não previstos pelo fornecedor, resta caracterizada a aplicação da teoria dos riscos do desenvolvimento que, de acordo com o ordenamento jurídico brasileiro, gera o dever de indenizar. Nas palavras da Relatora, que manteve a responsabilização proferida na instância inferior:

“A simples exclusão dos riscos do desenvolvimento significaria, em última análise, imputar ao consumidor-vítima de um acidente de consumo o ônus de suportar o próprio dano, o que se afasta completamente do sistema protetivo adotado pelo CDC. Daí porque nos parece, no sistema atual, consagrada a responsabilidade do fornecedor pelos chamados riscos do desenvolvimento. (...) Dessa forma, mesmo que o réu não tivesse conhecimento de todos os efeitos colaterais do medicamento no momento da sua disponibilização aos consumidores, *deve*

constava na bula do medicamento. Não houve uma abordagem baseada na teoria dos riscos do desenvolvimento, pois reconheceu-se a negligência do fornecedor de seguir as recomendações da Organização Mundial do Comércio e da Anvisa. BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 971.845 DF*. Relatora: Min. Humberto Gomes de Barros, 01 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=726140&tipo=0&nreg=200701573821&SeqCgrmaSes-sao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20081201&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 07 jun. 2020.

responder pelos danos que no futuro forem constatados em razão do uso daquele. Trata-se do chamado risco do desenvolvimento.” (grifo nosso).³⁰

Nesse caso específico, a consumidora partilhou dos riscos quando ministrou uma dosagem superior a recomendada do medicamento, concorrendo para o evento danoso. Tal atitude, entretanto, não afastou a responsabilidade do fornecedor, apenas mitigou o *quantum* devido à título de danos materiais e morais, em decorrência da culpa concorrente da vítima. A relatora afirmou, ainda, que não se exige do fornecedor uma segurança absoluta dos medicamentos colocados no mercado de consumo, mas a partir do momento que novos efeitos colaterais são identificados, todos os consumidores devem ser devidamente informados, em decorrência do dever de informar, que não pode ser confundindo com o dever de indenizar, que permanece nesses casos.³¹

Outro julgado chave para a análise dos riscos do desenvolvimento foi observado no Tribunal de Justiça de São Paulo (TJSP), em um caso envolvendo os danos relacionados a implantação de prótese de silicone, considerada defeituosa anos após a sua inserção no mercado de consumo. O Tribunal, através 1ª Câmara de Direito Privado, entendeu que “admitir o risco do desenvolvimento como excludente no CDC significaria, em evidente contradição sistemática, reconhecer uma responsabilidade menos rigorosa (...)” O fornecedor foi condenado a ressarcir a consumidora, mesmo diante da controvérsia matéria dos riscos do desenvolvimento. Nesse caso específico, a ANVISA

³⁰ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 1.114.372 RS*. Relatora: Min. Nancy Andrigui, 18 maio 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1936328&num_registro=201802726913&data=20200518&formato=PDF. Acesso em: 07 jun. 2020.

³¹ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 1.114.372 RS*. Relatora: Min. Nancy Andrigui, 18 maio 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1936328&num_registro=201802726913&data=20200518&formato=PDF. Acesso em: 07 jun. 2020.

identificou os riscos à saúde dos consumidores do produto e proibiu a sua comercialização alguns anos depois de ter concedido a autorização para comercialização.³²

Por fim, é interessante notar que nas duas decisões judiciais comentadas acima, há menção reiterada daqueles autores pertencentes a categoria doutrinária que defende a responsabilização do fornecedor, o que pode indicar a preponderância da argumentação *positiva*³³ que privilegia a essência dos dispositivos legais presentes no CDC, bem como da lógica do sistema consumerista brasileiro. Resta agora compreender se a regra da responsabilização é mais eficiente que a cláusula exonerativa presente em outros países.

3. A ANÁLISE DA EFICIÊNCIA DA RESPONSABILIZAÇÃO PELOS “RISCOS DO DESENVOLVIMENTO”

Os juristas têm encontrado dificuldades para delimitar o conceito de eficiência. Nem mesmo o Poder Judiciário, consegue compreendê-lo e operacionalizá-lo. Diante dessas dificuldades, o conceito de eficiência pode ser importado de outra ciência social, tendo em vista que o Direito não desenvolveu uma metodologia científica para essa categoria de análise. A principal dificuldade dos juristas está em tentar compreender a eficiência como algo único e com apenas um significado. Por este motivo, o presente artigo empregou a literatura econômica para construir a argumentação.

Para a Economia, eficiência é um conceito plural que

³² BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível n. 1139221*. Relator: Des. Cláudio Godoy, 29 maio 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/714975705/apelacao-civel-ac-1139221-1620168260100-sp-1139221-1620168260100/inteiro-teor-714975725>. Acesso em: 07 jun. 2020.

³³ Para aprofundar a temática veja o primeiro capítulo da obra de: COOTER, Robert D.; GILBERT, Michael D. *Constitutional Law and Economics*. 2019. No prelo. Disponível em parte em: https://www.researchgate.net/publication/332353945_Constitutional_Law_and_Economics. Acesso em: 07 jun. 2020.

pode ser observado de diferentes ângulos, passíveis de serem resumidos em três critérios distintos: a eficiência produtiva, a eficiência alocativa e a eficiência dinâmica. Para as finalidades delineadas neste artigo, o conceito utilizado foi o de eficiência alocativa. Em acréscimo, o critério teórico aplicado para contextualizar e delimitar a análise foi o de Kaldor-Hicks e a técnica utilizada para aferir a eficiência foi a Análise Benefício-Custo (ABC).^{34 35}

A Eficiência alocativa concentra-se no retorno ou utilidade (benefícios) extraídos pelos usuários quando usufruem de uma cesta de bens e serviços. Isso revela a preferência da sociedade ou grupo para cada cesta, com o objetivo de verificar se a escolha é adequada e se realiza o “maior nível de bem-estar social possível (utilidade)”.³⁶ Cabe ressaltar que o critério Kaldor-Hicks é utilizado para aferir teoricamente o conceito de eficiência, cobrindo as indefinições presentes no critério de Pareto.

É interessante notar que o Critério de Kaldor-Hicks se associa ao conceito de eficiência alocativa e o Critério de Pareto ao conceito de eficiência produtiva. Adverte-se, contudo, que existem divergências sobre essa forma de sistematizar os conceitos, bem como críticas ao critério Kaldor-Hicks porque ele faz com que o utilizador tenha que empregar algum método para avaliar benefícios e prejuízos (o que se traduz em uma análise normativa).³⁷ Por fim, existem técnicas de aplicação desse

³⁴ GICO JR. Ivo Teixeira. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *Working paper*. Centro Universitário de Brasília, out. 2019. Não paginado.

³⁵ O desenvolvimento teórico e histórico do direito não foi capaz de fornecer uma metodologia própria que seja científica e, muito menos, uma teoria sobre o comportamento humano. É nesse ponto que Ivo Teixeira Gico junior quer chegar. O jurista não consegue responder uma simples questão: “a norma X é capaz de alcançar o resultado social desejado Y dentro de nosso arcabouço institucional?” (p. 15). GICO JR. Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. EALR. Brasília, n. 1, p. 7-33, jan.-jun., 2010. p. 15.

³⁶ GICO JR. Ivo Teixeira. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *Working paper*. Centro Universitário de Brasília, out. 2019. Não paginado.

³⁷ Segundo o Ivo Teixeira Gico Jr, a juseconomia está preocupada com duas problemáticas: (i) “quais as consequências de um dado arcabouço jurídico, isto é, de uma

critério que consistem em um “passo a passo” para viabilizar a aplicação metodológica do conceito. Diante da temática trabalhada neste artigo, a técnica mais adequada é a ABC.³⁸

Primeiramente, cabe esclarecer o objetivo da análise é identificar o impacto econômico da legalidade da responsabilização civil do fornecedor pelos riscos do desenvolvimento. O enfoque está, portanto, em apontar a eficiência dessa sistemática, diante da ausência de uma cláusula exonerativa de responsabilidade no ordenamento jurídico brasileiro.

Como visto, a adoção da teoria dos riscos do desenvolvimento pelo judiciário ainda é limitada, o que conduz a uma escassez de evidências empíricas sobre o efeito da referida responsabilização sobre a taxa de inovação científica e tecnológica para os bens de consumo. Apesar de uma considerável atenção acadêmica direcionada a teoria dos riscos do desenvolvimento, ela não é utilizada pelo Poder Judiciário com frequência. Esse dado, contudo, não é capaz de gerar a conclusão de que existem poucos casos envolvendo danos decorrentes dos riscos desconhecidos pela ciência. Uma das hipóteses possíveis para a baixa aderência está no fato de que antes de averiguar a aplicação da teoria do “risco do desenvolvimento” como geradora de imputação, deve-se identificar quais são os “elementos positivos” que constituem a responsabilidade civil e que devem estar presentes no caso concreto (conduta, dano e nexo causal). Apenas depois

regra”; e, (ii) “que regra jurídica deve ser adotada” Dentro dessas noções pode-se subdividir-se a AED em duas vertentes uma positiva (o que é) e uma normativa (o que deve ser). Utilizando a “Guilhotina de Hume”, é possível dividir esses dois campos. O primeiro visa realizar um exercício de prognose (aferação de eficiência), visando fornecer apenas uma relação de custo-benefício. Já o segundo tem um objetivo mais amplo de identificar entre alternativas previamente definidas qual é a solução mais eficiente em tese. GICO JR. Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. *EALR*. Brasília, n. 1, p. 7-33, jan.-jun., 2010. p. 17-18.

³⁸ É importante ressaltar que a análise realizada nesta pesquisa leva em consideração o mercado como mecanismo de revelação de preferências, baseado na liberdade dos agentes, seja de introduzir produtos inovadores (respeitando as limitações legais e normas técnicas), seja dos consumidores de usufruir dos benefícios da elevação da taxa de inovação.

dessa identificação, a excludente poderia entrar em cena como um “elemento negativo” de responsabilidade, pois a ausência de algum daqueles pressupostos, por si só, já impediria a responsabilização do fornecedor. Logo, é possível que grande parte dos casos sejam resolvidos pela falta donexo causal entre conduta e dano.

Os dois grupos de interesse incluídos na análise partem dos componentes da relação de consumo, de um lado os fornecedores e do outro os consumidores. Nesse cenário, a responsabilização gera custos e benefícios potenciais. Para os fornecedores a responsabilização pode representar um risco maior para a atividade empresarial, bem como maiores custos de produção com controles de segurança, seguros privados e um decréscimo na taxa de inovação. Os benefícios, contudo, são colhidos na somatória de ações adotadas pelo conjunto de fornecedores, que tende a reduzir o número de acidentes de consumo e baratear os custos com segurança. Por outro lado, para os consumidores, a possibilidade de responsabilização do fornecedor viabiliza a reparação no caso de ocorrência de danos, além de ampliar a rede de segurança de todos os produtos industrializados. Entretanto, os padrões mais elevados de segurança aparecem acompanhados de um possível acréscimo no preço dos bens de consumo, devido ao aumento da precaução, bem como um decréscimo da oferta de produtos com uma periculosidade elevada ou com incerteza dos riscos.

Preferiu-se não incluir preços de mercado na análise realizada neste artigo, mas isso acaba gerando um certo grau de subjetivismo na interpretação dos dados. Nesse sentido, comparar *normativamente* os custos e os benefícios da prática de responsabilizar o fornecedor nos casos delineados neste artigo, nos leva a constatação de um provável acréscimo dos custos de produção de um bem de consumo inovador, seja pelo aumento da precaução e da conformidade, seja pela contratação de seguros. Tal custo tende a ser repassado ao consumidor, que pagará mais

pelo produto ou serviço que deseja. Contudo, existe um limite que o fornecedor está disposto a enfrentar para promover a inovação científica e tecnológica nesse cenário de responsabilização, bem como de um limite que o consumidor está disposto a pagar pelo produto. Logo, o nível de inovação tende a ser inferior em um cenário que transfere todos os custos sociais do acidente apenas para o fornecedor.

Diante do avanço disruptivo das novas tecnologias e dos anseios dos consumidores por produtos inovadores, que facilitam a sua rotina e otimizam o seu tempo, parece que a opção pelo desenvolvimento científico e tecnológico prepondera sobre os riscos incertos e eventuais dos bens de consumo. Aliás, dificilmente as pessoas abririam mão de utilizar, por exemplo, as redes de internet *wireless* ou efetuar ligações telefônicas devido ao risco de desenvolverem cânceres decorrentes da exposição reiterada à radiação.³⁹ Nesse sentido, a responsabilização não gera um aumento líquido positivo do bem-estar social (não é, portanto, Kaldor-Hicks eficiente), além de ser financeiramente inviável em larga escala.⁴⁰ Se considerarmos hipoteticamente a sociedade de consumo como “agente 1” e a vítima do dano como “agente 2”, é interessante notar que o acréscimo de bem-estar do agente 1, gerado com o desenvolvimento científico e tecnológico, parece compensar a eventual redução de bem-estar do agente 2.

Nesse sentido, dentre as alternativas de responsabilizar ou não responsabilizar o fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, a opção que gera maior bem-estar social é a da

³⁹ Sobre a temática, veja: CASSIS, Eduardo Bichir. Risco do desenvolvimento e danos provocados por novas tecnologias: ondas eletromagnéticas e organismos geneticamente modificados. *Revista Brasileira de Direito Constitucional e Relações de Consumo*: Doutrina e Jurisprudência. V. 13, ano 4, jan./mar., 2012.

⁴⁰ Nesse passo, a “Eficiência econômica é obtida quando se maximiza o bem-estar social ou o bem-estar do agente ou grupo de agentes considerado, ou seja, o aumento da eficiência significa um aumento do bem-estar do grupo analisado.” GICO JR. Ivo Teixeira. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *Working paper*. Centro Universitário de Brasília, out. 2019. Não paginado.

exoneração da responsabilidade. O principal indicativo para a adoção de uma cláusula exonerativa está na impossibilidade de o fornecedor evitar o dano, pois mesmo empregando o mais elevado grau de técnica e de conhecimento científico, não haveria como antevê-lo. Tal leitura ganha relevo a partir da constatação obtida na versão marginal da Fórmula de Hand, aperfeiçoada por Posner.⁴¹ De acordo com a fórmula, tem-se que em alguns casos (atividades perigosas, novos medicamentos, tecnologias, etc.) o acréscimo do nível de precaução não gera redução na taxa de acidentes, mesmo que a precaução esteja acima do nível eficiente.⁴² Dessa maneira, a solução adequada para esses casos passa pela restrição ou modificação da própria atividade empresarial.⁴³ O que se espera é a evolução no estado atual da ciência para que haja a exclusão ou redução de determinado dano.

Contudo, para além da análise de custos e benefícios delineada acima, existem disposições constitucionais e infraconstitucionais que garantem a proteção e reparação da vítima do acidente de consumo. A Responsabilidade Civil Extracontratual (RCE) possui duas funções centrais: a reparação e a dissuasão.

⁴¹ A fórmula de Hand, inicialmente concebida por um juiz norte-americano para resolver um caso de negligência (caso *United States v. Carrol Towing Co.*), foi repensada por Posner e pode indicar a importância da opção pela responsabilização no caso dos riscos do desenvolvimento. O Justice Hand propôs uma fórmula para casos em que inexistem regras gerais para definir a culpa que consiste na adoção de cuidados razoáveis no caso concreto cujo custo (c) seja menor que o prejuízo esperado advindo da ausência de precaução (PD): $C < PD$. Partindo dessa ideia, o custo social do acidente seria a soma do custo do dano e do custo de precaução do acidente: $CS = W \times p(x) \times D$. Cabe mencionar que tal fórmula ultrapassa a questão da culpabilidade e pode funcionar como um “algoritmo” para resolver questões básicas de responsabilidade civil. Inclusive, para Gico Junior a Fórmula se mostra como um interessante mecanismo de identificação do “cuidado juridicamente exigível” em casos de responsabilidade subjetiva. GICO JR., Ivo Teixeira. Responsabilidade civil extracontratual. In: PINHEIRO, Armando P; PORTO, Antônio José M.; SAMPAIO, Patrícia Regina P. (coords). *Direito e Economia: Diálogos*. FGV: São Paulo, 2019. p. 313.

⁴² POSNER, R. *Economic Analysis of Law*. 9. Ed. Walters Kluwer, [s.l., 1986]. p. 147.

⁴³ BETTESINI, Eugênio. Direito, Economia e responsabilidade objetiva no Brasil. *RIDB*, Ano 1, n. 1, Lisboa, 2012. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0059_0111.pdf. Acesso em: 07 jun. 2020. p. 90.

A reparação visa colocar a vítima no *status quo ante*, já que ela foi submetida a uma interação social involuntária (o acidente de consumo). É também dissuasiva porque pretende reduzir os incentivos na prática de condutas danosas semelhantes.⁴⁴

Nesse sentido, uma alternativa para minimizar a redução de bem-estar do agente 2 com a mudança social a ser provocada pelo Agente 1, está na adoção da socialização do risco e do seguro (o que gera uma melhora Kaldor-Hicks). Através desses mecanismos instituem-se fundos de indenização ou seguros privados que viabilizam a indenização para as vítimas que sofreram danos com base na cooperação social. Trata-se de uma leitura de *lege ferenda* que depende de alteração legislativa.

A socialização do risco parte do desenvolvimento histórico da noção de solidariedade nacional, que marca a reparação de danos pelo Estado, mesmo que este não seja o responsável direto. O surgimento dessa interpretação se deu durante conflitos e guerras no continente europeu, que provocaram danos em diversos setores da sociedade. Alguns Estados passaram a reparar esses danos em algumas situações específicas. Além disso, a ideia central que fez surgir os sistemas de socialização e de seguros está na imprevisibilidade de determinados eventos que as pessoas não têm como se proteger. Pode-se delimitar socialização do risco quando não há o dever de indenizar do agente causador do dano ou quando não se identifica esse agente.

No Brasil, o art. 3º, inciso primeiro, da CRFB/88, traz como um dos objetivos fundamentais a construção de “uma sociedade livre, justa e *solidária*”.⁴⁵ Tal previsão constitucional fundamenta a socialização do risco no cenário brasileiro, mas isso não significa que o Estado deve ser um “segurador

⁴⁴ GICO JR., Ivo Teixeira. Responsabilidade civil extracontratual. In: PINHEIRO, Armando P; PORTO, Antônio José M.; SAMPAIO, Patrícia Regina P. (coords). *Direito e Economia: Diálogos*. FGV: São Paulo, 2019. p. 310, 313.

⁴⁵ BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. Brasília, DF: Presidência da República, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 06 jun. 2020. Destaque nosso.

universal”. O único exemplo da socialização dos riscos tecnológicos está nos danos causados pelo medicamento denominado de “Talidomida”.⁴⁶ O Estado brasileiro através da Lei 7.070/1982, instituiu uma pensão vitalícia que é concedida às vítimas. Em 2010, foi promulgada a Lei n. 12.190/2010, prevendo uma indenização a ser paga a título de dano moral. Nesse caso, apenas a União arca com os custos do benefício especial e da indenização por danos morais.⁴⁷

Existem também os seguros privados obrigatórios ou facultativos que podem funcionar como um instrumento para conter os riscos e indenizar vítimas das novas tecnologias. Contudo, eles são incapazes estatisticamente de prever e contabilizar tais riscos, tendo em vista que não há como realizar a lógica atuarial.⁴⁸ Por esse motivo não se costuma oferecer essa modalidade de seguro no mercado de consumo. O caso do amianto funciona como principal exemplo da impossibilidade da contabilização de eventos extraordinários pelas seguradoras, devido à ausência de conhecimento científico hábil que previsse ou minimizasse os riscos na utilização da substância.⁴⁹

As principais críticas na adoção da socialização dos

⁴⁶ MILANI, Juliane Teixeira; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Anotações sobre o risco do desenvolvimento: análise do caso da talidomida. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 5, n. 17, p. 177-205, 2015.

⁴⁷ BRASIL. *Lei n. 7.070*, de 20 de dezembro de 1982. Dispõe sobre pensão especial para os deficientes físicos que especifica e dá outras providencias. Brasília, DF: Presidência da República, [1982]. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/L7070.htm. Acesso em: 06 jun. 2020.

⁴⁸ Cabe mencionar que durante os debates para a aprovação da Diretiva 85/374/CEE, o principal argumento utilizado para excluir a responsabilidade do fornecedor consistiu na inviabilidade econômica para a iniciativa privada, pois não haveria como calcular os riscos e proteger-se através de operações de seguro. REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 124, ano 28, p. 343-392. São Paulo: RT, jul./ago 2019. p. 349.

⁴⁹ CONSELHO DE ESTADO EUROPEU. VARELLA, Marcelo Dias (coord.). *Responsabilidade e socialização do risco*. Tradução de Michels Abes. Conselho de Estado da França. Brasília: UniCEUB, 2006. p. 77-98.

riscos e da adoção de seguros privados no desenvolvimento tecnológico está na preocupação com a “desresponsabilização” do fornecedor e com os custos gerados ao consumidor. Quando os agentes econômicos estão segurados ou em uma situação de compartilhamento de riscos com o Estado, existe a possibilidade de correrem mais riscos do que normalmente estariam dispostos a enfrentar, pois há uma expectativa de cobertura dos sinistros. Além disso, o aspecto financeiro pode prejudicar os agentes privados segurados e o próprio Estado, que podem ficar comprometidos do ponto de vista orçamentário.

Por fim, é importante ressaltar que a ausência de padrões de segurança e/ou a inércia da Administração Pública, não autorizam a confecção e comercialização de produtos que desrespeitem as normas gerais de segurança estabelecidas no ordenamento jurídico. Os padrões (*standards*) aceitáveis pelos Estados, partem de uma ideia coletiva desenvolvida na sociedade e consumo, seja através de uma regulação estatal, seja mediante normatizações desenvolvidas pelo setor privado, inclusive internacionalmente. Assim, diferentes atores das iniciativas pública e privada definem quais riscos a sociedade está disposta a enfrentar como legítimos, diante do desenvolvimento científico e tecnológico. O autor deste artigo entende que essa partilha também deve ocorrer na fase da responsabilização do dano.

CONCLUSÃO

O presente artigo científico desenvolveu a temática dos riscos do desenvolvimento, oferecendo duas abordagens: a abordagem jurídica, baseada no ordenamento jurídico, na literatura jurídica e em decisões judiciais; e, a abordagem econômica, delineada a partir da necessidade de se verificar a eficiência da responsabilização civil do fornecedor pelos danos gerados pela inserção no mercado de consumo, daqueles produtos que possuíam riscos desconhecidos pelo estado atual da ciência.

Dessa forma, foi possível concluir que: a) os riscos do desenvolvimento não perfazem uma excludente implícita de responsabilidade civil estabelecida no ordenamento jurídico brasileiro; b) as divergências doutrinárias revelam múltiplas leituras para a temática, que nem sempre representam com fidelidade a sistemática legal do CDC e do CC; c) o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça (STJ), parece reforçar o entendimento defendido pela corrente doutrinária que entende pela responsabilização civil do fornecedor; d) Partindo de uma análise de eficiência da prática atual, baseada no critério Kaldor-Hicks, identificou-se que dentre as alternativas de responsabilizar ou não responsabilizar o fornecedor pelos riscos do desenvolvimento, a opção que gera maior bem-estar social é a opção pela exoneração da responsabilidade; e) Por estes motivos, foram elencadas algumas alternativas à reparação das vítimas, sendo que atualmente elas funcionam como ferramentas auxiliares e possuem um importante papel na otimização da função reparatória, ideia que não é livre de críticas. Entende-se que a partir do momento que a sociedade anseia por produtos inovadores, sendo beneficiada por eles, a responsabilidade passa a ser compartilhada. Assim, todos os agentes da sociedade (Estado, fornecedores, seguradores e consumidores), *devem* partilhar os riscos e as responsabilidades de estarem em um mercado de consumo (e de risco).



REFERÊNCIAS

- BECK, Ulrich. *Sociedade de risco*. Tradução de Sebastião Nascimento. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BENJAMIN, Antonio Herman V. Teoria da qualidade. In: BENJAMIN, Antonio Herman V.;

- MARQUES, Claudia Lima; BESSA, Leonardo Roscoe. *Manual de Direito do Consumidor*. 8ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- BETTESINI, Eugênio. Direito, Economia e responsabilidade objetiva no Brasil. *RIDB*, Ano 1, n. 1, Lisboa, 2012. Disponível em: http://www.cidp.pt/revistas/ridb/2012/01/2012_01_0059_0111.pdf. Acesso em: 7 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 971.845 DF*. Relatora: Min. Humberto Gomes de Barros, 01 dez. 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=726140&tipo=0&nreg=200701573821&SeqCgrmaSessao=&CodOrgao=Jgdr=&dt=20081201&formato=PDF&salvar=false>. Acesso em: 7 jun. 2020.
- BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (Terceira Turma). *Recurso Especial n. 1.114.372 RS*. Relatora: Min. Nancy Andrigui, 18 maio 2020. Disponível em: https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ITA&sequencial=1936328&num_registro=201802726913&data=20200518&formato=PDF. Acesso em: 7 jun. 2020.
- BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Comarca de São Paulo (1ª Câmara de Direito Privado). *Apelação Cível n. 1139221*. Relator: Des. Cláudio Godoy, 29 maio 2019. Disponível em: <https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/714975705/apelacao-civel-ac-11392211620168260100-sp-1139221-1620168260100/inteiro-teor-714975725>. Acesso em: 7 jun. 2020.
- CALIXTO, Marcelo Junqueira. *A responsabilidade civil do fornecedor de produtos pelos riscos do desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

- CASSIS, Eduardo Bichir. Risco do desenvolvimento e danos provocados por novas tecnologias: ondas eletromagnéticas e organismos geneticamente modificados. *Revista Brasileira de Direito Constitucional e Relações de Consumo: Doutrina e Jurisprudência*. V. 13, ano 4, jan./mar., 2012.
- CAVALIERI FILHO, Sérgio. Responsabilidade por danos causados por remédios. *Revista da EMERJ*, v.2 n.8, 1999. p. 20. Disponível em: http://www.emerj.tjrj.jus.br/revistaemerj_online/edicoes/revista08/Revista08_11.pdf. Acesso em: 1 jun. 2020.
- COELHO, Fábio Ulhoa. *O empresário e os direitos do consumidor: o cálculo empresarial na interpretação do Código de Defesa do Consumidor*. São Paulo: Saraiva, 1994.
- CONSELHO DE ESTADO EUROPEU. VARELLA, Marcelo Dias (coord.). *Responsabilidade e socialização do risco*. Tradução de Michels Abes. Conselho de Estado da França. Brasília: UniCEUB, 2006.
- COOTER, Robert D.; GILBERT, Michael D. *Constitutional Law and Economics*. 2019. No prelo. Disponível em parte em: https://www.researchgate.net/publication/332353945-_Constitutional_Law_and_Economics. Acesso em: 7 jun. 2020.
- ESPANHA. *Lei n. 22/1994*, de 6 de julho. Lei relativa à responsabilidade civil pelos danos causados por produtos defeituosos. Boletín Oficial del Estado. Disponível em: <https://www.boe.es/eli/es/l/1994/07/06/22>. Acesso em: 1 jun. 2020. Revogada.
- ESPANHA. *Real Decreto Legislativo n. 1/2007*, de 16 de novembro. Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias. Boletín Oficial del Estado. Disponível em: <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-20555&p=20190316&tn=1#cii-10>. Acesso em: 1 jun.

- 2020.
- GICO JR, Ivo Teixeira. Bem-estar social e o conceito de eficiência. *Working paper*. Centro Universitário de Brasília, out. 2019. Não paginado.
- GICO JR, Ivo Teixeira. Metodologia e Epistemologia da Análise Econômica do Direito. EALR. Brasília, n. 1, p. 7-33, jan.-jun., 2010.
- GICO JR., Ivo Teixeira. Responsabilidade civil extracontratual. In: PINHEIRO, Armando P; PORTO, Antônio José M.; SAMPAIO, Patrícia Regina P. (coords). *Direito e Economia: Diálogos*. FGV: São Paulo, 2019. p. 313.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- LOPEZ, Teresa Ancona. *Princípio da precaução e evolução da responsabilidade civil*. São Paulo: Quartier Latin, 2010.
- MARINS, James. *Responsabilidade da empresa por fato do produto*. São Paulo: ed. Revista dos tribunais, 1993.
- MILANI, Juliane Teixeira; GLITZ, Frederico Eduardo Zenedin. Anotações sobre o risco do desenvolvimento: análise do caso da talidomida. *Revista Luso-Brasileira de Direito do Consumo*, v. 5, n. 17, p. 177-205, 2015.
- NERY JUNIOR, Nelson. *Leis civis comentadas*. 3ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- POSNER, R. *Economic Analysis of Law*. 9. Ed. Walterns Kluwer, [s.l., 1986].
- REINIG, Guilherme Henrique Lima; CARNAÚBA, Daniel Amaral. Riscos do desenvolvimento no Código de Defesa do Consumidor: a responsabilidade do fornecedor por defeitos não detectáveis pelo estado dos conhecimentos científicos e técnicos. *Revista de Direito do Consumidor*. v. 124, ano 28, p. 343-392. São Paulo: RT, jul./ago 2019.
- SILVA, João Calvão da. *Responsabilidade civil do produtor*. Coimbra: Almedina, 1999.

- STOCO, Rui. Defesa do consumidor e responsabilidade pelo risco do desenvolvimento. *Revista dos Tribunais*. Ano 96, v. 855, p. 46-53, jan. 2007.
- TEPEDINO, Gustavo. *A responsabilidade civil por acidentes de consumo na ótica civil-constitucional*. Temas de Direito Civil. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. 244-245.
- UNIÃO EUROPEIA. *Directiva 85/374/CEE do Conselho*, de 25 de julho de 1985, relativa à aproximação das disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade decorrente dos produtos defeituosos. Disponível em: <https://publications.europa.eu/pt/publication-detail/-/publication/b21bef4e-b528-49e2-a0f9-142dc503969a/language-pt>. Acesso em: 1 jun. 2020.